

University of Groningen

De positie van de verdachte in de cassatiefase anno 2007

Vellinga, W.H.

Published in:

Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vellinga, W. H. (2007). De positie van de verdachte in de cassatiefase anno 2007. In P. B.F. Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D Wolswijk (editors), *Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong* (blz. 517-536). Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De positie van de verdachte in de cassatiefase anno 2007

W.H. VELLINGA^o

Inleiding

Cassatierechtspraak heeft zich in een voortdurende belangstelling van Dirk Herman de Jong mogen verheugen. Zijn proefschrift over de grondslag van de tenlastelegging¹ bestond in een nauwkeurige analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad terwijl in later jaren de cassatierechtspraak over (voorwaardelijk) opzet en culpa aan een kritisch onderzoek werd onderworpen². In 1980 onderzocht De Jong aan de hand van een uitgebreid onderzoek naar de eisen die aan de cassatieschriftuur van het OM worden gesteld, in hoeverre ambtshalve cassatie ten nadele van de verdachte was toegestaan. Twee jaar later kwam hij samen met Van der Neut tot de conclusie dat de bescherming die een vrijspraak in cassatie genoot met afschaffing van de leer van de onzuivere vrijspraak moest worden uitgebreid tot het ontslag van rechtsvervolgning. Vervolgens wijdde hij in 1988, in het kader van 150 jaar Hoge Raad³, beschouwingen aan de positie van de verdachte in de cassatiefase.

Sinds 1988 heeft het strafprocesrecht ingrijpende wijzigingen ondergaan. Daardoor komt de vraag op of en zo ja, in hoeverre, daardoor de positie van de verdachte in de cassatiefase is beïnvloed en nog beïnvloed zal worden.

De positie van de verdachte in de cassatiefase anno 1988 volgens de Lex De Jong

Bij de beschrijving van verdachtes positie in cassatie rond 1988⁴ neemt de Jong als uitgangspunt dat de Hoge Raad in de aan het jaar 1988 voorafgaande jaren zijn beoordelingsruimte in de cassatiefase heeft vergroot. Daarbij denkt De Jong zowel aan het – door hem misschien iets te geprononceerd⁵ uitgedrukte – “neerhalen van de papieren muur”, als aan het aanscherpen van motiveringseisen in de rechtspraak omtrent onrechtmatig verkregen bewijs en in de Meer en Vaart- en Dakdekker-

^o Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

¹ *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen 1981), Arnhem: Gouda Quint bv.

² O.a. ‘De inwendige en de normatieve component van opzet en culpa’, *Trema* 2004, p. 1-7.

³ Themanummer Delikt en Delinkwent, december 1988.

⁴ D.H. de Jong, ‘De positie van de verdachte in de cassatiefase’, *DD* 1988, p. 979-990.

⁵ A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 76 spreekt van vensters in de papieren muur die een riant uitzicht bieden op hetgeen in feitelijke aanleg is gebeurd. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 744 lijkt, meer in de geest van De Jong, te denken aan een inmiddels verdwenen muur.

rechtspraak alsmede aan die gevallen waarin de stukken van het geding aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat er rond de voorvragen iets niet in orde is.⁶ Deze als “opmars van de Hoge Raad” getypeerde ontwikkeling schrijft hij toe aan het door de Hoge Raad gewonnen inzicht dat “ook het belang van procespartijen mag, respectievelijk moet meewegen bij het geven van zijn beslissing”. Leidende gedachte daarbij zou zijn dat ervoor dient te worden gezorgd dat met name de verdachte aan zijn recht komt.⁷

Vervolgens zet hij uiteen dat “tot de trekken van het geldend strafprocesrecht behoort dat in lagere aanleg door de verdachte verkregen (verhoudingsgewijs) gunstige uitspraken in hogere aanleg een zekere bescherming genieten.” Hij spreekt daarbij van de “kennelijk levende behoefte aan een zekere bescherming van in lagere aanleg gegeven voor de verdachte gunstige uitspraken”.⁸

Zijns inziens is door de uitbreiding die de Hoge Raad aan zijn eigen beoordelingsruimte heeft gegeven deze bescherming (Gronings gezegd) “beslist niet (...) afgenomen”. Daarbij wijst hij erop dat de bescherming die art. 430 Sv biedt in stand is gebleven: levert gluren over de papieren muur een ernstig vermoeden op dat een voorvraag onjuist is beantwoord, dan grijpt de Hoge Raad niet in; dat doet hij pas als vaststaat dat op een voorvraag onjuist is beslist. Ook in geval een rechter heeft geoordeeld dat het bewijs wegens onrechtmatige verkrijging niet kan worden gebruikt en daarom vrijspraak moet volgen, ondervindt die vrijspraak in cassatie bescherming, al steunt deze op het onjuiste juridische oordeel dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. De Jong signaleert – in zijn ogen: zelfs – de neiging van de Hoge Raad ter bescherming van voor de verdachte gunstige uitspraken de omvang van het cassatieberoep door restrictieve uitleg van de middelen te beperken alsmede het Openbaar Ministerie te houden aan de voorgestelde middelen en niet ambtshalve ten nadele van de verdachte te casseren.⁹

Dit brengt hem ten slotte op de vraag waarom de Hoge Raad niet ambtshalve pleegt te casseren ten nadele van de verdachte. Een mogelijke verklaring ziet hij in de gedachte die aan de verplichting voor het Openbaar Ministerie om middelen in te dienen (art. 433 oud Sv) ten grondslag ligt, te weten dat de verdachte van de inhoud daarvan moet kunnen kennisnemen opdat hij deze kan tegenspreken (art. 439 oud Sv). Maar hij wijst er ook op dat de Hoge Raad de “op papier consequent gehanteerde regel dat er niet buiten de middelen van het OM om ten nadele van de verdachte wordt gecasseerd” regelmatig hanteert als “strategisch middel”: “in bepaalde individuele strafzaken kan een redelijke en billijke oplossing worden bereikt

⁶ P. 979, 980.

⁷ P. 982.

⁸ P. 985.

⁹ P. 986, 987.

door de door het OM voorgestelde cassatiemiddelen (zeer) streng te interpreteren, óf door deze juist (zeer) welwillend en ruim uit te leggen.”¹⁰

Veranderingen in de cassatieregels

De vraag of de positie van de verdachte in cassatie sinds 1988 is veranderd leidt in de eerste plaats naar wijzigingen in voorschriften betreffende het recht doen in cassatie.¹¹ Op 1 juli 1988 trad in werking art. 101a oud Wet RO (thans art. 81 RO). Deze bepaling bood de Hoge Raad de mogelijkheid in geval van verwerping van het beroep in daarvoor in aanmerking komende gevallen te volstaan met de overweging dat de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Van deze mogelijkheid wordt ruim gebruik gemaakt. In 2006 werd 47 % van de zaken, waarin één of meer middelen waren ingediend, geheel afgedaan op de voet van art. 81 RO, dat is in 71% van het aantal verwerpingen. Daarnaast is er nog een groot aantal zaken waarin een deel van de klachten met gebruik van de mogelijkheid die art. 81 RO biedt, wordt verworpen.¹²

Op 1 juni 1999 trad in werking de Wet van 1 oktober 1998 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. waarbij de regeling van het beroep in cassatie werd aangepast aan de werkwijze zoals deze in de praktijk was ontstaan en waarbij de nadruk was komen te liggen op de schriftelijke afdoening van de zaak in cassatie.¹³ Een belangrijke wijziging bestond in de invoering van de rolrechter. Voorts werd de termijn voor de indiening van middelen strakker gemaakt. Kon tot dan toe een schriftuur worden ingediend tot de dag van de zitting, thans werd daarvoor een termijn van twee maanden bepaald, aanvangende op de dag waarop de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad de verdachte aanzegt dat het uitgewerkte vonnis of arrest bij de Hoge Raad is binnengekomen. Naast een versoepeling van de regeling na verwijzing – zie art. 440 lid 2 Sv – werd er thans ook in voorzien dat de verdachte en de benadeelde partij commentaar konden leveren op de conclusie van de procureur-generaal (art. 439 lid 4 Sv), naar EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992, 73 (Borgers tegen België)¹⁴ een Borgers-brief genoemd. Daarmee werd de sinds genoemd

¹⁰ P. 990.

¹¹ Zie voor een overzicht van de ter beheersing van de werklust getroffen voorzieningen en voorstellen voor nog te treffen maatregelen W.E. Haak, ‘Naar een optimale beoordeling in cassatie van het straf(proces) recht’, in *Glijdende schalen* (Liber amicorum J. de Hullu), Nijmegen: WLP 2003, p. 203-216.

¹² Jaarverslag Hoge Raad der Nederlanden over 2005 en 2006, strafzaken, tabellen IV, Va en Vb.

¹³ *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 240, nr. 3, p. 1.

¹⁴ Vgl. *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 953, nr. 3, p. 1-3.

arrest van het EHRM staande praktijk¹⁵ in de wet opgenomen, een zo op het eerste gezicht duidelijke versterking van de positie van de verdachte.

De mogelijkheid te volstaan met de algemene aan art. 81 RO ontleende motivering was bedoeld om te leiden tot een substantiële vermindering van de werklust van de Hoge Raad.¹⁶ Dat doel werd niet in voldoende mate bereikt. Daarom stelde de commissie Haak voor¹⁷ het aanvoeren van middelen van cassatie niet alleen voor het Openbaar Ministerie maar overeenkomstig onder meer het bepaalde in art. 57 oud WED ook voor de verdachte verplicht te stellen, en de bevoegdheid tot indienen van middelen uitsluitend toe te kennen aan een daartoe gespecialiseerd raadsman.

Bij Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 467, in werking getreden op 1 oktober 2000, werd in art. 437 lid 2 Sv bepaald dat de verdachte op straffe van niet-ontvankelijkheid bij de Hoge Raad door een raadsman een schriftuur moet doen indienen, houdende zijn middelen van cassatie. In de praktijk betekent dit dat (cijfers 2004) in minder dan de helft van de gevallen (46%) waarin beroep in cassatie wordt ingesteld een schriftuur, houdende middelen, door een raadsman wordt ingediend. Voorts werd in navolging van de commissie Haak cassatieberoep uitgesloten in zaken betreffende een of meer overtredingen waarin was volstaan met toepassing van art. 9a Sr of waarin een of meer geldboetes waren opgelegd van tezamen ten hoogste vijfhonderd gulden (art. 58 en 68 oud Wet RO).¹⁸

De wetgever ging niet mee met de voorstellen van de commissie Haak voor zover deze behelsden dat de schriftuur moest worden ingediend door een gespecialiseerd advocaat. Zij achtte het gelet op de tendens naar specialisatie in de advocatuur niet noodzakelijk die eis te stellen.¹⁹ Evenmin werd het oorspronkelijke voorstel van de Minister van Justitie²⁰ gevolgd ambtshalve cassatie uit te sluiten.

Overzien we deze ontwikkeling dan kan zonder overdrijving worden gezegd dat deze niet heeft geleid tot versterking van de positie van de verdachte in cassatie. In deze lijn ligt ook de laatste ingrijpende wijziging in de regels voor de procedure in cassatie, de afschaffing van het verbod op cassatie van vrijspraken. De wetgever

¹⁵ Zie daarover Caroline Lindo, 'P-G Rummelink: reactie van de verdediging zonder wetswijziging mogelijk', *NJB* 1991, p. 1819, 1820. Zie voorts E.P. von Brucken Fock, 'Het parket bij de Hoge Raad: bondgenoot of tegenstander?', *NJB* 1991, p. 1815-1818, die wetswijziging wel noodzakelijk achtte.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320.

¹⁷ *De toegang tot de cassatierechter in strafzaken* (rapport van de Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad), december 1996.

¹⁸ Een uitzondering op deze regel werd gemaakt voor overtredingen van – kort gezegd – verordeningen van lagere overheden omdat de wetgever meende daar het rechtsvormende karakter van de rechtspraak van de Hoge Raad niet te kunnen missen: *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 027, nr. 11.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 13.

²⁰ *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 12.

achtte de afschaffing van dit verbod noodzakelijk omdat dit verbod ook vrijspraken gebaseerd op het naar het oordeel van de feitenrechter onrechtmatig verkregen bewijs aan de greep van de Hoge Raad onttrok. Dat kon niet alleen in concrete strafzaken ongewenst zijn, het verbod beperkte ook de mogelijkheden van de Hoge Raad op het gebied van het onrechtmatig verkregen bewijs rechtsvormend op te treden.²¹ De wetgever overwoog ten aanzien van mogelijke nadelige gevolgen voor de verdachte als volgt:

‘Bij de afweging of afschaffing van artikel 430 Sv op deze grond in de rede ligt, heeft de regering zich met name ook georiënteerd op de rechtspositie van de verdachte. Betekent de afschaffing van het onderhavige artikel niet een onacceptabele verslechtering van die rechtspositie? De regering meent dat van een onacceptabele verslechtering geen sprake is. Het afschaffen van artikel 430 Sv kan, zo volgt uit het voorgaande, bij nadere beschouwing namelijk gezien worden als een betrekkelijk bescheiden correctie ten nadele van de verdachte op een bredere rechtsontwikkeling die ook de rechtspositie van de verdachte juist heeft verbeterd. De mogelijkheid van bewijsuitsluiting in het geval van onrechtmatigheid is immers een belangrijke verbetering van de rechtspositie van de verdachte, die in de jurisprudentie van de Hoge Raad van de laatste decennia erkend en uitgewerkt is.’²²

Aldus week de wetgever uitdrukkelijk af van het twintig jaar eerder geformuleerde voorstel van De Jong en Van der Neut om gelet op de door hen in de rechtspraak van de Hoge Raad gesignaleerde tendens tot een zekere bescherming van de verdachte ook tegen ontslag van rechtsvervolging beroep in cassatie uit te sluiten.²³

Van formele naar substantiële vormverzuimen

De positie van de verdachte in cassatie is niet alleen beïnvloed door regels van cassatieprocesrecht maar ook door wijzigingen van andere regels van strafprocesrecht. Rond de tijd dat De Jong zich verdiepte in de vraag naar de positie van de verdachte in de cassatiefase stelde de commissie Moons²⁴ voor de taak tussen wetgever en rechter opnieuw te verdelen. Haars inziens diende het niet zo te zijn dat de wetgever zowel de vormvoorschriften als de rechtsgevolgen van de schending daarvan bepaalde. Dat laatste behoorde in beginsel te worden overgelaten aan de rechter. Deze kon immers in het concrete geval het beste bepalen of de door het vormvoorschrift gewaarborgde, fundamentele belangen van de verdachte geschaad waren en welke sanctie daaraan zou moeten worden verbonden. Voor bedreiging met forme-

²¹ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 204, nr. 3, p. 1.

²² *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 204, nr. 3, p. 2.

²³ D.H. de Jong en J.L. van der Neut, ‘De bescherming in cassatie van de vrijspraak en het ontslag van rechtsvervolging’, *Themis* 1982, p. 228-260, i.h.b. p. 257, 258.

²⁴ Commissie herijking Wetboek van Strafvordering.

le nietigheid kwamen in de visie van de commissie alleen in aanmerking die voorschriften waarvan de gerede verwachting bestond “dat zich geen, ook niet het lichtste, geval laat denken waarin nietigheid als een te zware sanctie wordt ervaren.”²⁵

Aanleiding voor de voorstellen van de commissie was dat de wijze waarop strafprocessuele vormvoorschriften werden gesanctioneerd leidde tot maatschappelijke onvrede over het functioneren van het strafproces, zoals wanneer verdachten van zware misdrijven als gevolg van processuele verzuimen op vrije voeten moesten worden gesteld.²⁶

De wetgever heeft de haar door de commissie toegeworpen handschoen opgenomen. Daarbij nam de wetgever tot uitgangspunt dat de noodzaak tot herziening van het wettelijk stelsel van nietigheden voortvloeide uit drie vormen van relativering van dat stelsel: naast formele nietigheden waren in de rechtspraak substantiële nietigheden ontstaan, aan overtreding van met nietigheid bedreigde voorschriften werd in de rechtspraak geen gevolg verbonden wanneer in concreto geen redelijk belang was geschonden, en onder invloed van verdragen als het EVRM had de rechter een arsenaal van buitenwettelijke, aan schending van vormvoorschriften verbonden sancties ontwikkeld.²⁷

Bij Wet van 14 september 1995, Stb 441²⁸ (Wet vormverzuimen) kwamen een aantal formele nietigheden te vervallen en werd art. 359a Sv ingevoerd. Bij die laatste bepaling werd voorzien in verschillende sancties, door de rechter te stellen op onherstelbare vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek. Voorts werden punten genoemd die de rechter daarbij in overweging diende te nemen, te weten het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim, en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.²⁹

Europese invloeden

Spreeken we over de positie van de verdachte in de cassatiefase dan dient ook de invloed van Europese regelgeving en rechtspraak op de positie van de verdachte in het strafproces onder ogen te worden gezien.

De meest directe invloed op de positie van de verdachte in de cassatiefase is te vinden in het voorschrift dat de verdachte op grond van art. 6 lid 1 EVRM het recht geeft op de conclusie te reageren, in de vorm van de hiervoor reeds besproken “Borgers-brief” (art. 439 lid 5 Sv). Ook anderszins heeft het EVRM de positie van

²⁵ ‘Recht in vorm’, in *Rapporten herijking strafvordering* 1993, onder redactie van G.J.M. Corstens, Deventer: Gouda Quint 1993, p. 18.

²⁶ *Rapporten herijking strafvordering* 1993, onder redactie van G.J.M. Corstens, Deventer: Gouda Quint 1993, p. 12.

²⁷ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 2, 3.

²⁸ In werking getreden 2 november 1996 (Besluit van 21 oktober 1996).

²⁹ Zie voor de uitwerking van dit voorschrift HR 30 maart 2004, *LJN* AM2533, *NJ* 2004, 376, m. nt. YB.

de verdachte in cassatie beïnvloed. Zo is staande praktijk dat de Hoge Raad ambtshalve toetst of in cassatie de redelijke termijn (art. 6 lid 1 EVRM) is overschreden en dat hij daar zelf gevolgen aan verbindt, in de vorm van strafvermindering of – een enkele keer – door de officier van justitie alsnog niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging.³⁰

Ook van de rechter in feitelijke aanleg eist de Hoge Raad soms met zoveel woorden dat deze met het oog op de naleving van een verdragsbepaling ambtshalve optreedt. Zo wordt van de strafrechter verwacht dat deze onder omstandigheden ambtshalve voorziet in het oproepen van een getuige³¹ en verlangt de Hoge Raad dat de rechter ambtshalve nagaat of de redelijke termijn (art. 6 lid 1 EVRM) in acht is genomen. Hij dient daarvan in zijn uitspraak rekenschap af te leggen wanneer door de verdachte te dien aanzien verweer is gevoerd, maar ook in geval de verdachte niet in persoon is gedagvaard en het in de uitspraak besloten liggende oordeel dat de redelijke termijn niet is overschreden, zonder nadere motivering onbegrijpelijk zou zijn.³²

De structuur van het strafproces

Geïnspireerd door de resultaten van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* heeft de wetgever er voor gekozen de nadruk te leggen op het contradictoire karakter van het onderzoek ter terechtzitting. In de visie van de wetgever dient het onderzoek ter terechtzitting te worden toegespitst op die punten waarop verschil van inzicht bestaat tussen Openbaar Ministerie en de verdachte.³³ Dit neemt niet weg dat de rechter de volle verantwoordelijkheid houdt voor de beantwoording van de vragen van de art. 348 en 350 Sv.³⁴

Europese invloeden moeten hier niet worden onderschat. Zo komt dit contradictoire karakter van het strafgeding³⁵ tot uitdrukking in de wijze waarop het EHRM aan het door art. 6 lid 1 EVRM aan de verdachte gegarandeerde recht op een eerlijk proces invulling geeft. Zie bijvoorbeeld EHRM 3 februari 2004 (*Laukanen en Manninen tegen Finland*), par. 34³⁶:

‘34. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings should be adversarial and that there should be equality of arms between the

³⁰ Zie over de daarbij door de Hoge Raad gehanteerde maatstaven HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721, m.nt. JdH.

³¹ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427.

³² HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721, rov. 3.8.

³³ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 255, nr. 3, p. 6, 7,

³⁴ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 8.

³⁵ Zie daarover ook W.E. Haak, ‘Welk type strafproces ligt ten grondslag aan het EVRM en aan de rechtspraak van het EHRM?’, *DD* 1996, p. 978-990.

³⁶ *EHRC* 2004, 24.

prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and evidence adduced by the other party (see *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], no. 28901/95, par. 60, ECHR 2000-II).’

Als uitvloeisel van de gedachte dat het strafproces vooral moet worden gericht op hetgeen partijen verdeeld houdt is in art. 359 lid 3 Sv bepaald dat kan worden volstaan met een opsomming van de gebezigde bewijsmiddelen voor zover de verdachte het bewezenverklaarde heeft bekend. Die gedachte heeft ook geleid tot de plicht voor de rechter te motiveren waarom hij een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt van Openbaar Ministerie of verdediging passeert (art. 359 lid 2 Sv). Voorts vinden we die gedachte terug in de Wet stroomlijnen hoger beroep.³⁷ Deze is er immers op gericht de behandeling in hoger beroep toe te doen spitsen op hetgeen bij grieven tegen het beroepen vonnis naar voren is gebracht. Onder omstandigheden kan het ontbreken van grieven zelfs tot niet-ontvankelijkheid leiden van het hoger beroep (art. 416, leden 2 en 3 Sv), en dat nog wel zonder onderzoek van de zaak.

Op deze ontwikkeling is bij de regeling van het geding in cassatie in zekere zin reeds vooruitgelopen. In cassatie is immers sinds 1 oktober 2000 een schriftuur vereist met een of meer middelen van cassatie.

Spronken omschrijft deze ontwikkeling vanuit het standpunt van de verdachte als volgt:

‘Voor de versterking van de positie van de verdediging tengevolge van de doorwerking van de Straatsburgse jurisprudentie in het Nederlandse recht, moet een prijs worden betaald: van de verdachte wordt, als ‘volwaardige procespartij’, een actieve proceshouding verwacht. Dit geldt met name bij de naleving van procesuele voorschriften. Als de verdachte zich op de naleving van deze voorschriften niet uitdrukkelijk genoeg beroept, dan verspeelt hij zijn rechten, met als gevolg dat de promotie tot ‘volwaardige procespartij’ in feite leidt tot een verminderde rechtsbescherming. Zo kunnen uitgangspunten die typisch verbonden zijn met een accusatoire opvatting van het strafproces een inquisitoire invulling krijgen.’³⁸

Deze inquisitoire invulling zou ook kunnen worden bespeurd in het afschaffen van de binding van de rechter aan de eenparigheidsregels als verwoord in art. 424 (oud) Sv. Weliswaar is een belangrijke reden om deze ter bescherming van de verdachte geformuleerde regels af te schaffen gelegen in het karakter van de procedure in ho-

³⁷ Wet van 5 oktober 2005, *Stb.* 470. De wet treedt voor een belangrijk deel in werking op 1 maart 2007 en overigens op 1 juli 2007 (Besluit van 19 februari 2007, *Stb.* 70).

³⁸ T. Spronken, *Verdediging* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 146.

ger beroep als op de procedure in eerste aanleg “voortbouwend appel”³⁹, maar het resultaat daarvan is wel dat enige voorschriften die het risico van appel voor de verdachte beperkten, zijn verdwenen.

De deelnemers aan het strafproces

Ten tijde van het onderzoek van De Jong naar de positie van de verdachte in de cassatiefase was regel dat de verdachte zich alleen kon doen verdedigen door een advocaat wanneer hij zelf ter zitting verscheen. Alleen in geval van voor de verdachte “klemmende redenen” om niet te verschijnen gold op die regel een uitzondering.⁴⁰ EHRM 22 september 1994, NJ 1994, 733 (Lala tegen Nederland) heeft aan deze belemmering van de mogelijkheid tot verdedigen een einde gemaakt. Sinds 1 februari 1998 is in art. 279 lid 1 Sv bepaald dat ook de verdachte die niet is verschenen zich kan doen verdedigen door een raadsman die daartoe, naar hij verklaart, bepaaldelijk is gemachtigd. Was het aanvankelijk zo dat verdachte in cassatie alleen kon klagen over de verwerping van verweren die door verdachtes raadsman naar voren waren gebracht wanneer de verdachte ter terechtzitting aanwezig was (gewest), nu kon in cassatie ook worden geklaagd over verwerping van verweren die door verdachtes gemachtigd raadsman naar voren waren gebracht ook al was de verdachte nimmer ter terechtzitting verschenen.

Tegenover deze versterking van de positie van de verdachte, niet alleen in feitelijke aanleg maar dus ook in cassatie, staat wel dat wanneer de zaak ter terechtzitting wordt behandeld in bijzijn van een raadsman die verklaart door de verdachte bepaaldelijk gemachtigd te zijn diens verdediging te voeren, de termijn voor hoger beroep en cassatie aanvangt op de dag van de uitspraak.⁴¹ Hier wordt de wetenschap van verdachtes raadsman aan de verdachte toegerekend.

Parallel met deze tendens van toerekening van de wetenschap van verdachtes raadsman aan de verdachte liep een ontwikkeling naar verdere professionalisering van de advocatuur in strafzaken.⁴² Er ontstonden gespecialiseerde kantoren in strafzaken. Daaraan zal niet vreemd zijn dat in strafzaken, mee door toegenomen aandacht voor witteboorden-criminaliteit en de opkomst van de ontnemingswetgeving, soms grote financiële belangen op het spel kunnen staan. Tevens werd van

³⁹ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 41; zie p. 29 voor andere argumenten.

⁴⁰ Bijvoorbeeld HR 26 juni 1990, NJ 1991, 174, HR 18 januari 1994, NJ 1994, 394, HR 1 maart 1994, NJ 1994, 396.

⁴¹ HR 11 februari 2003, NJ 2003, 390, rov. 3.3. Zie voor het geval van meerdere terechtzittingen en de verdachte op de eerste terechtzitting wel, op latere terechtzittingen niet is verschenen, doch diens tot verdediging gevolmachtigd raadsman wel terwijl de uitspraak geldt als op tegenspraak gewezen HR 9 december 2003, NJ 2004, 167.

⁴² Zie hierover Spronken 2001, a.w., p. 129 e.v.; *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 12.

de zijde van de advocatuur geaccentueerd dat een raadsman het belang van zijn cliënt diende te behartigen, niet meer en niet minder.⁴³

Tezelfdertijd ontstond bij de wetgever het besef dat het strafproces niet alleen draaide om het abstracte belang van de samenleving bij rechtshandhaving tegenover het concrete belang van de verdachte bij de naleving van strafprocessuele voorschriften, bij niet ten onrechte veroordeeld worden en bij een zo beperkt mogelijke straf, maar ook om het concrete belang van getuigen en van door de te be-rechten strafbare feiten benadeelde burgers.⁴⁴

Er kwamen regels voor het horen van bedreigde getuigen op een wijze waarop hun identiteit verborgen blijft (art. 187 e.v. Sv), er werd voorzien in het achterwege laten van de oproeping van een getuige wanneer het gegronde vermoeden bestaat dat diens gezondheid of welzijn door het afleggen van een verklaring in gevaar wordt gebracht (art. 288 lid 1 onder b Sv) en de voorzitter kreeg de bevoegdheid te beletten dat vragen naar de identiteit van de getuige worden gesteld wanneer er een gegronnd vermoeden bestaat dat de getuige in verband met het afleggen van een verklaring overlast zal ondervinden of in de uitoefening van zijn beroep zal worden belemmerd (de zogenaamd beperkt anonieme getuige; art. 290 lid 1 Sv).

Voorts werd in het strafproces een plaats ingeruimd voor het slachtoffer: hij mag in ernstige zaken ter terechtzitting een verklaring afleggen omtrent de gevolgen die het tenlastegelegde feit bij hem heeft teweeggebracht (art. 302 Sv).⁴⁵ Tevens kwam het maximum dat aan de vordering van de benadeelde – toen nog: beledigde – partij was gesteld te vervallen, en werd in de vorm van een schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr) voorzien in justitiële hulp bij de tenuitvoerlegging van een toegewezen vordering. Inmiddels worden soms aanzienlijke bedragen gevorderd en toegewezen. Ook anderszins heeft het belang van de benadeelde partij erkenning gevonden. Zijn er gebreken in het voegingsformulier, dan brengen beginselen van een behoorlijke procesorde mee dat de benadeelde partij niet meteen op deze grond niet-ontvankelijk wordt verklaard maar dat haar door aanhouding van de behandeling van de zaak (vgl. art. 332 Sv) de gelegenheid wordt geboden dat verzuim te herstellen en die gelegenheid niet is benut.⁴⁶

⁴³ Zie over deze ontwikkeling Spronken 2001, a.w., p. 158-163, in het bijzonder hetgeen zij op p. 160, 161 schrijft over het verschil tussen de Ereregelen 1939 en de Gedragsregels 1992. Zie ook A.A. Franken, 'De Hoge Raad en de cassatieadvocatuur', *DD* 2005, p. 699 over de gevolgen daarvan voor het instellen van cassatie en voor de in te dienen middelen.

⁴⁴ Zie daarover bijvoorbeeld de conclusie van AG Wortel bij HR 20 februari 2007, *LJN* AZ6152 en B.F. Keulen, 'Herziening van de herziening?', *Themis* 2007, p. 12.

⁴⁵ De versterking van de positie van het slachtoffer komt ook tot uitdrukking in het handelen van het Openbaar Ministerie; zie Aanwijzing slachtofferzorg d.d. 13 april 2004, *Stcrt* 27 april 2004, 80.

⁴⁶ HR 5 februari 2002, *NJ* 2003, 593.

In het kader van de aan art. 6 EVRM door de verdachte te ontnemen rechten vonden de belangen van getuige en slachtoffer eveneens erkenning. Zo overwoog het EHRM in zijn arrest van 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741, m. nt. Kn (Doorson tegen Nederland):

‘70. It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.’⁴⁷

Voorts heeft de Europese Unie bij Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure voorzien in behartiging van de belangen van het slachtoffer terwijl het Hof van Justitie EG bij arrest van 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500 (Pupino) heeft bepaald dat de nationale rechter de bepalingen van nationaal recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht en de bewoordingen van dit kaderbesluit. Inmiddels is een wetsontwerp aanhangig om de positie van het slachtoffer in het strafproces beter in overeenstemming te brengen met genoemd kaderbesluit.⁴⁸ Hoe zwaar wordt getild aan de positie van het slachtoffer blijkt uit de opmerking van enkele leden van de CDA-fractie dat zij niet inzien waarom het belang van het slachtoffer moet worden afgewogen tegen dat van de verdachte⁴⁹, zoals de Minister in de memorie van toelichting op het voorstel van wet tot versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces had geschreven en naar aanleiding van die opmerking opnieuw uiteenzet.⁵⁰

Hoe de Hoge Raad positie koos

De hiervoor beschreven ontwikkeling laat zien dat de verdachte in het strafproces het volle pond krijgt, maar dat hij er dan wel om moet vragen. Deze gedachte vin-

⁴⁷ Zie voor een recent overzicht van de uitwerking hiervan in de rechtspraak van het EHRM Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 316-322.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 143.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 143, nr. 7, p. 2.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 143, nr. 8, p. 1. Zie ook het voorstel van de minister van Justitie, aangekondigd bij persbericht van 26 maart 2007, om van overheidswege te voorzien in een voorschot op vergoeding van schade van slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven.

den we terug in de eisen die de Hoge Raad aan een middel van cassatie stelt. De Raad laat er immers geen misverstand over bestaan dat niet ieder pleidooi voor verdachtes zaak aan de eisen van de wet voldoet:

‘Voor onderzoek door de cassatierechter komen alleen in aanmerking middelen van cassatie als in de wet bedoeld. Als een zodanig middel kan slechts gelden een stellige en duidelijke klacht over de schending van een bepaalde rechtsregel en/of het verzuim van een toepasselijk vormvoorschrift door de rechter die de bestreden uitspraak heeft gewezen.’⁵¹

Bevat een schriftuur geen middelen in de hiervoor bedoelde zin dan is niet voldaan aan het bepaalde in art. 437 lid 2 Sv en kan de verdachte niet in zijn cassatieberoep worden ontvangen. Daarmee is ook ambtshalve controle van de zaak in cassatie uitgesloten.

Onder omstandigheden valt het met dat volle pond tegen. We hebben hiervoor immers gezien dat de verdachte dat soms met anderen – de getuige, het slachtoffer, de benadeelde partij – moet delen. Dat betekent dat wanneer over onmiskenbare processuele gebreken wordt geklaagd daarmee nog niet is gezegd dat de uitspraak, die aan dat gebrek laboreert, wordt vernietigd. Het kan zijn dat de Hoge Raad het gebrek kan herstellen door de uitspraak verbeterd te lezen of door, met name wanneer niet op een verweer is gereageerd hoewel de wet dat wel eist, zelf te voorzien in een gemotiveerd antwoord op het verweer.⁵² Ook kan het zo zijn dat het gebrek van dien aard is dat het niet afdoet aan de aard en de ernst van het bewezenverklarde en derhalve niet noopt tot vernietiging van de uitspraak. Dat laatste doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een naar de gehele bewezenverklaring gerekend ondergeschikt feit wegvalt⁵³ dan wel een ondergeschikt onderdeel uit het bewezenverklarde zoals een van de als gestolen aangemerkte voorwerpen.⁵⁴

Beide gedachten – de verdachte die het volle pond wil moet er om vragen, onder omstandigheden moet hij het delen met anderen – vinden we weerspiegeld in de spaarzame wijze waarop de Hoge Raad de mogelijkheid van ambtshalve cassatie hanteert.⁵⁵ In zijn algemeenheid laat de Hoge Raad het aan de verdachte over te

⁵¹ Bijvoorbeeld HR 19 november 2002, *LJN* AE1171.

⁵² Reeds HR 22 maart 1988, *NJ* 1988, 848.

⁵³ Een opmerkelijke zaak vormt HR 15 april 2003, *LJN* AF5257, onvolledig opgenomen in *NJ* 2003, 364 (later bekend geworden als de zaak van de Schiedamse parkmoord) waarin poging tot uitlokking van ontuchtige handelingen (art. 45 jo 248ter (oud) Sr) buiten beschouwing moest blijven doordat de klacht te laat was ingediend, terwijl doodslag, poging tot doodslag, verkrachting en wederrechtelijke vrijheidsberoving bewezen was verklaard.

⁵⁴ Soms overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat een motiveringsgebrek niet als van ondergeschikte betekenis kan worden aangemerkt: HR 13 februari 2007, 00927/06A.

⁵⁵ Conclusie bij HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 477, m. nt. YB onder *NJ* 2004, 476, M.K.T. Tjong in Melai/Groenhuijsen e.a., aant. 6 op art. 440 (suppl. 141, april 2004), en R. van Elst, ‘Naar

klagen over schending van een processueel voorschrift. De opvatting is daarbij kennelijk dat het in het licht van de gedachte waarop de Wet vormverzuimen is gebaseerd niet voor de hand ligt te vernietigen wegens de schending van een in het belang van de verdachte gegeven voorschrift wanneer hij het zelf niet de moeite waard vindt over schending van dat voorschrift te klagen. Een duidelijk voorbeeld van de opvatting van de Hoge Raad geeft zijn arrest van 13 februari 2007.⁵⁶ AG Machiels merkt in zijn conclusie ambtshalve op dat het arrest van het Hof ten dele is gewezen door raadsheren die niet hebben deelgenomen aan een onderzoek ter terechtzitting op grond waarvan het arrest van het Hof mede is gewezen. Het arrest zou derhalve moeten worden vernietigd. Zo niet de Hoge Raad. In aanmerking nemende dat over het door de AG signaleerde gebrek niet is geklaagd ziet hij geen reden tot ambtshalve vernietiging van het arrest op de door de AG genoemde grond. Deze processuele doodzonde blijft dus zonder gevolgen wanneer daarover niet wordt geklaagd.⁵⁷ Pas als zonder meer uit de uitspraak blijkt dat een verkeerde beslissing is genomen⁵⁸ – de appeltermijn is verzuimd⁵⁹ het feit is verjaard⁶⁰ of niet strafbaar⁶¹, de bewijsmiddelen ontbreken geheel⁶², het bewijs van het vereiste opzet ontbreekt⁶³ – grijpt de Hoge Raad ambtshalve in⁶⁴. Dat doet de Hoge Raad ook – maar

een instrumentele benadering van als middel gepresenteerde klachten en ambtshalve cassatie', in de bundel *WB der Nederlanden* (25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad), Nijmegen: WLP 2003, p. 205-218; G.J.M. Corstens, 'De toekomst van de cassatie', *Strafblad* 2007, p. 33.

⁵⁶ Zie ook HR 20 maart 2007, *LJN* AZ7080.

⁵⁷ Zo ook uitdrukkelijk ten aanzien van niet-naleven van art. 51 Sv HR 28 oktober 2003, *LJN* AL3529.

⁵⁸ Hierin komt tot uitdrukking de taak zoals de Hoge Raad die voor de cassatierechter ziet: te zorgen dat de beslissing waartegen het cassatieberoep is gericht, in overeenstemming is met het geldende recht: HR 18 maart 1953, *NJ* 1953, 361, HR 26 juni 1962, *NJ* 1963, 12, HR 22 oktober 2002, *NJ* 2003, 155, m. nt. YB.

⁵⁹ HR 25 januari 2005, *LJN* AR7254.

⁶⁰ Bijv. HR 20 februari 2007, *LJN* AZ5673.

⁶¹ Bijv. HR 18 mei 2004, *LJN* AO3562 t.a.v. het ontbreken van een voor een rechtspersoon mogelijke straf, HR 25 januari 2005, 02621/03 (geen schadevergoedingsmaatregel bij tbs), HR 7 februari 2006, *LJN* AU8903 (geen ontzegging van de rijbevoegdheid voor trambestuurder), HR 28 november 2006, 03654/05 (te lange proeftijd). Is strafoplegging in strijd met de wet (één ontzegging i.p.v. per feit een ontzegging van de rijbevoegdheid) dan grijpt de HR niet in, kennelijk omdat daarmee niet een belang van de verdachte is gemoeid: HR 13 juni 2006, 01600/05.

⁶² HR 24 mei 2005, *LJN* AT2470, *NJ* 2005, 427 (geen bewijs wegnemen tractor).

⁶³ Vgl. HR 23 september 2003, *LJN* AM5343; HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 477; HR 27 januari 2004, *LJN* AN9950 en HR 24 mei 2005, *NJ* 2005, 427. Zie hierover ook C.J. van der Wilt en M.K.T. Tjong, 'Ambtshalve cassatie in strafzaken na invoering van de schriftuurverplichting', *DD* 2006, met name p. 311 en 318. Zie voor ambtshalve ingrijpen van de fiscale kamer van de Hoge Raad in een geval waarin bij een vergrijpboete aan de vraag van opzet of

dat hier terzijde – als uit ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan nadat beroep in cassatie is ingesteld pas in cassatie blijkt dat de wet is geschonden: verandering van wetgeving⁶⁵, schending van de redelijke termijn in de cassatiefase.⁶⁶

De verplichting tot het indienen van middelen zal ongetwijfeld hebben bijgedragen aan deze spaarzame hantering van de ambtshalve cassatie. De vraag dringt zich immers op waarom een uitspraak van een Hof of Rechtbank zou moeten worden vernietigd op een geheel buiten de middelen liggend punt terwijl aan dat punt wordt voorbijgegaan als de verdachte in het geheel geen middelen tegen die uitspraak formuleert. In beide gevallen gaat de verdachte immers aan het “springende punt” voorbij. Dat roept de vraag op waarom een verdachte die met een nietszeggende klacht komt beter moet worden beschermd dan de verdachte die die klacht achterwege laat. Daar kan natuurlijk tegenin worden gebracht dat de verdachte die middelen doet indienen, dan toch maar de moeite heeft genomen een raadsman te zoeken, maar tot een ruime toepassing van het middel van ambtshalve cassatie stimuleert dit niet. Serieus klagen veronderstelt immers dat de wezenlijke, voor de verdachte nadelige punten van de bestreden uitspraak worden aangevat.

In veel zaken gaat hetgeen hiervoor is beschreven schuil achter een verwerping van het beroep in cassatie aan de hand van de in art. 81 RO voorziene motivering en zijn de sporen daarvan alleen terug te vinden in de conclusie van het parket.⁶⁷

Gevolgen voor de positie van de verdachte in de cassatiefase

Is verdachtes positie in cassatie nu verzwakt of versterkt? Uiteraard werkt in de cassatierechtspraak door dat de verdachtes belang wordt afgewogen tegen belangen van anderen die in het strafproces een rol hebben gekregen. Vernietiging wegens een vormvoorschrift ligt veelal alleen in de rede wanneer daarmee een concreet belang van de verdachte gediend is waarvoor andermans belangen moeten wijken. Voor cassatierechtspraak is dat echter niet specifiek.

In de ferme omschrijving van de eisen waaraan een middel op straffe van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep moet voldoen zou een aanwijzing kunnen worden gevonden dat de Hoge Raad niet tot een welwillende interpretatie van middelen bereid is en dat die eisen verdachtes positie in cassatie dus hebben verzwakt.⁶⁸ Of dat juist is zou ik niet durven zeggen. In de omschrijving van de eisen die aan het middel worden gesteld gaat het onmiskenbaar om een instructie aan de

grove schuld van de belastingplichtige zelf was voorbij was gegaan HR 1 december 2006, *LJN* AU7741 en daarover de noot van C.J.G.H. Albers bij dit arrest, *JIN* 2007, p. 306.

⁶⁴ Zo ook wanneer een gebrek moet worden hersteld: bijv. HR 17 januari 2006, 00344/05 (verzuim aftrek voorlopige hechtenis).

⁶⁵ Bijv. HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 366.

⁶⁶ HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721, rov. 3.2.

⁶⁷ Zie Corstens 2005, a.w., over de functie van de conclusie in deze.

⁶⁸ Zie over de kwaliteit van de middelen A.A. Franken 2005, a.w., p. 699, 700.

verdediging. Deze moet immers weten waar zij aan toe is. Maar dat wil nog niet zeggen dat bij de interpretatie van de middelen nimmer op welwillendheid kan worden gerekend. Ik wijs erop dat de heldere beschrijving van de eisen waaraan een middel behoort te voldoen niet wegneemt dat de Hoge Raad niet is afgestapt van het betrekken van de toelichting op de middelen bij de uitleg daarvan en voorts, dat de Hoge Raad ook ingaat op klachten die in de toelichting op de middelen zijn geformuleerd. Voorts kan uit zinswendingen als “kennelijk beoogt het middel erover te klagen dat” of “voor zover het middel bedoelt te betogen” worden opgemaakt dat de Hoge Raad bereid is een middel welwillend uit te leggen.⁶⁹ Het veelvuldig gebruik dat van de motivering als bedoeld in art. 81 RO wordt gemaakt, brengt mee dat op de interpretatie door de Hoge Raad van middelen niet volledig zicht kan worden verkregen. Zodra een der middelen aan de eisen voldoet is een cassatieberoep ontvankelijk en kunnen andere middelen, hoe gebrekkig ook, worden afgedaan op de voet van art. 81 RO. We zullen dus te rade moeten gaan bij de conclusie van het parket. Daarin vormt het onbesproken laten van een middel omdat het niet aan de eisen voldoet een uitzondering. Gezien de adviserende taak van het parket is de Hoge Raad immers niet gediend met het buiten bespreking laten van middelen ook al is niet aanstonds duidelijk waarop het middel wil afkoersen. In voorkomende gevallen wordt wel het standpunt in genomen dat hetgeen in een schriftuur naar voren wordt gebracht geen middel in de zin der wet is en zo dit anders mocht zijn, het middel niet kan slagen.

Voor de vraag of een middel ruimhartig geïnterpreteerd wordt is voorts van belang of dat van enig nut is. Moet ook een extensieve interpretatie van het middel tot het falen van dat middel leiden, dan heeft die interpretatie geen zin.⁷⁰ Dat is anders wanneer een middel raakt aan iets waar de Hoge Raad ook ambtshalve eventueel wel op zou willen ingaan. Dan biedt een royale uitleg van het middel ruimte om vast te houden aan de beperkte ambtshalve toetsing.⁷¹

Een belangrijke versterking van de positie van de verdachte in cassatie kan worden gezien in de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het bepaalde in art. 359 lid 2 Sv voor wat betreft de plicht tot gemotiveerde weerlegging van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.⁷² Enerzijds stelt de Hoge Raad duidelijke eisen aan een “uitdrukkelijk onderbouwd standpunt” overeenkomend met de eisen die aan een beroep op art. 359a Sv worden gesteld⁷³, anderzijds heeft de Hoge Raad niet geko-

⁶⁹ Vgl. van Dorst 2004, a.w., p. 90.

⁷⁰ Van Dorst 2004, a.w., p. 90.

⁷¹ Vgl. HR 3 januari 2006, *LJN* AU6792, waarin het middel voldoende aanknopingspunt bood voor vernietiging en dus aan ambtshalve vernietiging niet behoefde te worden toegekomen, alsmede HR 14 maart 2006, *LJN* AU9109, *NJ* 2006, 209.

⁷² Hieraan gaat A.A. Franken voorbij in ‘Traditionele waarden van de advocatuur en schuivende verantwoordelijkheden voor de raadsman’, *DD* 2007, p. 360-369.

⁷³ HR 11 april 2006, *LJN* AU9130.

zen voor een zo beperkte, in het licht van de onoverzichtelijke wetgeschiedenis niet onmogelijke⁷⁴ uitleg van deze bepaling dat deze nauwelijks wijziging zou brengen in de eisen die aan de rechter in feitelijke aanleg worden gesteld. Daarbij moet wel worden gezegd dat de Hoge Raad tot op zekere hoogte marginaal toetst of hetgeen in feitelijke aanleg naar voren is gebracht een uitdrukkelijk voorgedragen standpunt behelst. Heeft de rechter daarin blijkens het ontbreken van een gemotiveerde weerlegging geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt gezien, dan toetst de Hoge Raad of de rechter hiermee blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voorts of het kennelijke oordeel van de rechter niet onbegrijpelijk is.⁷⁵ Hoe beter een standpunt is geformuleerd, hoe minder ruimte er is voor de rechter om dit stilzwijgend te passeren. Daarbij wordt in feite van de raadsman verlangd dat hij een verweer in een pleitnota vastlegt of uitdrukkelijk akte vraagt van hetgeen hij heeft voorgedragen (art. 326 lid 4 Sv). Heeft een verdachte geen raadsman, dan zal de rechter ervoor dienen te zorgen dat verdachtes verweer behoorlijk in het proces-verbaal van de terechtzitting wordt vastgelegd.⁷⁶

Bij al het voorgaande moet niet uit het oog worden verloren dat ook de wijze waarop de rechter in de beroepen uitspraak aan zijn beslissing vorm heeft gegeven van invloed is op de positie van de verdachte in cassatie. Een warrig geformuleerde uitspraak maakt het moeilijk om op de uitspraak van de feitenrechter greep te krijgen. Daardoor kunnen de middelen de vereiste scherpheid missen. Waarmee niet gezegd wil zijn dat gebrekkige middelen in hoofdzaak aan gebrekkig gemotiveerde uitspraken moeten worden geweten. De ervaring leert dat er daarvoor te veel middelen sneuvelen op gebrek aan feitelijke grondslag of in wezen slechts een herhaling zijn van hetgeen bij pleidooi in feitelijke aanleg naar voren is gebracht.⁷⁷ Ook leiden middelen nogal eens aan het gebrek dat zij zijn geformuleerd vanuit de veronderstelling dat een enkele zin uit een motivering voor een succesvol cassatieberoep kan worden aangevat zonder dat daarbij in aanmerking wordt genomen hetgeen overigens is overwogen, dus bijvoorbeeld of dat het aangevallen oordeel kan dragen of hoe de aangevallen zin in het licht van de gehele uitspraak moet worden verstaan.

⁷⁴ Zie de conclusie bij HR 16 mei 2006, *LJN* AU8266.

⁷⁵ Bijvoorbeeld HR 16 mei 2006, *LJN* AU8266.

⁷⁶ HR 9 januari 2007, *LJN* AY9203. Bij de interpretatie van een verweer van een verdachte speelt hetgeen verdachtes raadsman naar voren heeft gebracht een rol: HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 146, HR 20 februari 2007, *LJN* AZ2167. Zie ook HR 17 april 2004, *LJN* AZ7120 ten aanzien van een verzoek tot het doen horen van getuigen.

⁷⁷ Zie Hoge Raad der Nederlanden, Verslag 2003 en 2004 in woord, cijfer en beeld, p. 11, 19, alsmede A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, 'Warme gevoelens en irritaties in cassatie', *Strafblad* 2007, p. 39-46. Zie over aan middelen klevende gebreken ook A.A. Franken 2005, a.w., p. 699, 700 en Van Elst 2003, a.w., p. 205-217. D.V.A. Brouwer, 'Privatisering van rechtsbescherming en "ineffective counsel"', in *Systeem in ontwikkeling* (Liber amicorum G. Knigge). Nijmegen: WLP 2005, p. 39-70, zet uiteen dat het systeem van de (ontoereikend) gefinancierde rechtshulp bevordert dat zo weinig mogelijk tijd aan een zaak wordt besteed.

Die veronderstelling is niet juist. Bij de toetsing van de begrijpelijkheid van het oordeel in cassatie wordt immers onderzocht hoe de gewraakte overweging zinvol kan worden uitgelegd in het licht van hetgeen zich ten processe heeft afgespeeld, tegen de achtergrond van hetgeen de algemene ervaring leert omtrent de wijze waarop een strafproces zich pleegt te voltrekken en in het besef dat het proces-verbaal van de terechtzitting niet alle aspecten van hetgeen zich ter terechtzitting heeft afgespeeld kan “vangen”.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de positie van de verdachte in cassatie in overwegende mate wordt bepaald door hetgeen bij middelen naar voren wordt gebracht en de voorzorgen die in feitelijke aanleg zijn getroffen met het oog op een beroep in cassatie. Voor zover hierin specifiek een verzwakking van de positie van de verdachte in de cassatiefase moet worden gezien ligt deze vooral in de afhankelijkheid van de verdachte van het werk van zijn raadsman. Deze dient in feitelijke aanleg het fundament voor een succesvol beroep in cassatie te leggen en vervolgens te zorgen voor deugdelijk geformuleerde middelen.⁷⁸ Daarbij is het eerste niet minder belangrijk dan het tweede. Want het ontbreken van een deugdelijk fundament in de feitelijke aanleg kan veelal door een welwillende uitleg van een middel niet worden gered, laat staan door ambtshalve cassatie. Op wat niet is vastgelegd heeft de cassatierechter immers geen greep.

De positie van de verdachte in cassatie is wezenlijk verzwakt⁷⁹ doordat hij de bescherming ontbeert die voor hem in het oude 430 Sv lag opgesloten. Slaagt een cassatieberoep dan is een vrijspraak van bijvoorbeeld het primair tenlastegelegde niet meer beschermd tegen een bewezenverklaring door de rechter die na verwijzing of terugwijzing met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad recht moet doen.⁸⁰

Onder het oude recht was een vrijspraak niet aantastbaar tenzij deze berustte op een onjuiste uitleg van aan de wet ontleende termen in de tenlastelegging. Thans kan de motivering van de vrijspraak, zij het met inachtneming van de mogelijkheden die cassatierechtspraak biedt, ook anderszins worden getoetst. In die aantastbaarheid van de motivering van de vrijspraak ligt eveneens een wezenlijke verzwakking van de positie van de verdachte in cassatie besloten. Niettemin moet het Openbaar Ministerie waken voor overschatting van de kans op slagen van een cassatieberoep tegen een vrijspraak. Hoofdregel blijft immers dat de selectie en waardering van de bewijsmiddelen aan de feitenrechter is.⁸¹ Wel is van belang dat het Openbaar Ministerie op die motivering invloed heeft door te voorzien in uitdrukkelijk onderbouwde, ten processe voorgedragen en in het proces-verbaal van de terechtzitting bij voorbeeld

⁷⁸ Van Dorst 2004, a.w., p. 86, 87, die spreekt van de meest veronachtzaamde eis voor een succesvol beroep in cassatie.

⁷⁹ Zo ook Van Dorst 2004, a.w., p. 99.

⁸⁰ Zie nader Van Dorst 2004, a.w., p. 98, 99.

⁸¹ HR 19 december 2006, *LJN AY8984*, rov. 3.4.

door overlegging van in een schriftelijk requisitoir vastgelegde standpunten. Die standpunten dwingen de rechter immers tot motivering van de vrijspraak. En verzuimt de rechter aan die plicht te voldoen dan kan daarover in cassatie worden geklaagd.

Cassatieberoep van het Openbaar Ministerie

Is alleen het Openbaar Ministerie in cassatie gekomen, dan is het staande praktijk dat de Hoge Raad niet ambtshalve casseert ten nadele van de verdachte.⁸² In dergelijke zaken beoordeelt de HR alleen het middel en overweegt niet dat hij geen gronden heeft gevonden waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou dienen te worden vernietigd.⁸³ Ambtshalve vernietiging ten voordele van de verdachte komt wel voor: in HR 19 december 2006, *LJN AZ2169*, *NJ* 2007, 29 verminderde de Hoge Raad de straf ambtshalve wegens overschrijding van de redelijke termijn in cassatie.

De Jong noemt als reden om niet over te gaan tot ambtshalve cassatie ten nadele van de verdachte wanneer alleen het Openbaar Ministerie in cassatie is gekomen, dat de verdachte, zou dit wel geschieden, niet in de gelegenheid is de grond voor ambtshalve cassatie tegen te spreken. Hij haalt in dit verband de memorie van toelichting op art. 433 (oud) Sv aan waarin de plicht voor het Openbaar Ministerie om in cassatie van middelen te dienen wordt onderbouwd met de overweging dat de verdachte de grieven van het Openbaar Ministerie moet kunnen tegenspreken.

Dit argument wint nog aan kracht wanneer wordt bedacht dat een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM eist dat de verdachte in de gelegenheid moet zijn te reageren op al hetgeen te zijnen bezware in de procedure naar voren komt. Zo gezien staat het ontbreken van de mogelijkheid tot tegenspraak aan ambtshalve cassatie ten nadele van de verdachte in de weg ook in die gevallen waarin de verdachte in cassatie is gegaan.⁸⁴ Dan is hij immers ook niet in de gelegenheid bezwaar te maken tegen de te zijnen nadele ambtshalve opgevoerde grond tot cassatie.

⁸² Bijvoorbeeld HR 19 april 2005, *LJN AS7552*, *NJ* 2005, 339, m. nt. JR.

⁸³ Zie bijvoorbeeld HR 21 maart 2006, *LJN AU8131*, *NJ* 2006, 246, m. nt. T.M. Schalken. Zie voorts Van Dorst 2004, a.w., p. 118, 119.

⁸⁴ In HR 24 mei 2005, *LJN AT2910* (cassatie verdachte) vernietigde de Hoge Raad ten nadele van de verdachte ambtshalve de teruggave van 1 gram weed en gelastte gelet op het bepaalde in art 13a Opiumwet de onttrekking aan het verkeer. Zie HR 11 april 2006, *LJN AV4007*, *NJ* 2006, 263 (cassatie verdachte) voor een geval waarin was verzuimd bij de schadevergoedingsmaatregel de vervangende hechtenis te bepalen, daarop in de conclusie wordt gewezen en de Hoge Raad in dat verzuim niet ambtshalve voorziet. Daarbij merk ik op dat het hier ging om een belastingschuld in welke omstandigheid volgens de conclusie reden was om niet te voorzien in vervangende hechtenis en de schadevergoedingsmaatregel, die immers niet is bedoeld ter inning van een belastingschuld, te vernietigen.

De vraag rijst hoe het gebruik niet ambtshalve te casseren ten nadele van de verdachte zich verhoudt tot de taak die de wetgever de strafrechter heeft toegedacht. In het kader van het stroomlijnen van het hoger beroep heeft de wetgever er de nadruk op gelegd dat het strafproces weliswaar diende te worden toegespitst op hetgeen partijen verdeeld houdt, maar dat de strafrechter niettemin de volle verantwoordelijkheid houdt voor de beantwoording van de vragen van de art. 348 en 350 Sv.⁸⁵ Bepalingen die de verdachte in hoger beroep een zekere bescherming boden tegen voor hem ongunstige uitspraken, zoals de eenparigheidsregels (art. 425 oud Sv) zijn komen te vervallen, zoals de rechter ook niet meer behoeft te motiveren waarom hij zwaarder heeft gestraft dan gevorderd (art. 359 lid 7 oud Sv).⁸⁶ Daarbij valt op dat de verantwoordelijkheid van de rechter niet is beperkt tot het voorkomen van onjuiste beslissingen voor zover deze voor de verdachte nadelig waren.

De door de wetgever aan de strafrechter toegedachte verantwoordelijkheid kan onder omstandigheden meebrengen dat de strafrechter in hoger beroep de verdachte een hogere straf oplegt dan gevorderd of een zwaarder feit bewezen verklaart dan waartoe het Openbaar Ministerie heeft gerequireerd. Dat brengt mij op de vraag of de Hoge Raad, eveneens strafrechter, zich in zijn ambtshalve optreden zou moeten beperken tot voor de verdachte niet nadelige ingrepen.⁸⁷ De wetgever lijkt immers de ambtshalve verantwoordelijkheid van de strafrechter niet te willen beperken tot het voorkomen van onjuiste beslissingen voor zover deze voor de verdachte nadelig zijn. Wanneer voorts wordt bedacht dat de wetgever de bescherming van de verdachte tegen cassatie van vrijspraken heeft opgeheven, valt op goede gronden te betwijfelen of het gebruik in geval van cassatie van het Openbaar Ministerie de uitspraak niet ambtshalve te toetsen en niet ten nadele van de verdachte te casseren nog wel verenigbaar is met de taak van de Hoge Raad als strafrechter. Daarbij dient te worden bedacht dat in het probleem van de mogelijkheid tot tegenspreken door de regeling van de Borgers-brief is voorzien. Wordt in de conclusie voorgesteld ambtshalve een voor de verdachte nadelige beslissing te nemen, dan kan de verdachte daarop in de Borgers-brief reageren, is de Hoge Raad voornemens ambtshalve een voor de verdachte nadelige beslissing te nemen dan kan hij op dat punt een aanvullende conclusie vragen waarna de verdachte bij Borgers-brief zijn – al dan niet met de conclusie te schragen – standpunt kenbaar kan maken.⁸⁸

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 8.

⁸⁶ HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549. Uiteraard tenzij de verdachte ter zake een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt naar voren heeft gebracht; vgl. HR 14 november 2006, *LJN* AY0127, HR 20 februari 2007, *LJN* AZ2167, *NJ* 2007, 146.

⁸⁷ Keulen 2007, a.w., p. 5, 6, verdedigt dat herziening ten nadele van de verdachte mogelijk moet worden. Anders P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, *Herziening ten nadele*, Deventer: Kluwer 2003, p. 158-160.

⁸⁸ Zie voor de verdragsrechtelijke noodzaak daarvan EHRM 13 januari 2006, nrs 65399/01, 65406/01, 65405/01 en 65407/01 (Clinique des Acacias e.a. tegen Frankrijk).

Het gebruik niet ten nadele van de verdachte te casseren zou de gedachte kunnen voeden dat een verdachte zonder risico beroep in cassatie kan instellen. Dat is niet geval. Na vernietiging en – thans in de regel – terugwijzing zal de rechter met inachtneming van de uitspraak van de HR recht moeten doen. Daarmee is niet een verbod gegeven een hogere straf op te leggen dan de verdachte aanvankelijk was opgelegd. Wordt inderdaad die hogere straf opgelegd dan blijkt een geslaagd beroep in cassatie toch een pyrrusoverwinning te zijn.⁸⁹ Dat gevaar is vergroot doordat de verdachte thans de bescherming van art. 430 (oud) Sv mist. Een en ander geeft aan de hier aan de orde zijde vraag iets betrekkelijks. Niettemin meen ik dat ambtshalve cassatie ten nadele van de verdachte tot de hoge uitzonderingen moet behoren. De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde is toevertrouwd aan het Openbaar Ministerie als professionele organisatie (art. 124 Wet RO). Daarom moet er van worden uitgegaan dat de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde niet wezenlijk in het geding is als het Openbaar Ministerie geen aanleiding ziet zich met een of meer middelen te keren tegen een uitspraak van een rechter. Mogelijk ligt dit anders wanneer de belangen van een getuige of een slachtoffer in het geding zijn. Hun belangen hebben in het strafproces immers erkenning gevonden terwijl zij tegen hun onwelgevallige beslissingen geen rechtsmiddel kunnen instellen.

Het voorgaande betekent dat aan het gebruik niet ten nadele van de verdachte te casseren enige onzekerheden zijn gaan kleven en verdachtes positie in cassatie er in zoverre dus niet sterker op is geworden.

Slot

Wordt de balans van de hiervoor beschreven ontwikkelingen opgemaakt dan kan worden gezegd dat de verdachte meer dan in het door De Jong geschetste verleden het geval was de kans loopt op een voor hem nadelige beslissing in cassatie. De wet biedt de verdachte door toegenomen motiveringsverplichtingen (art. 359 lid 2 Sv) en de invloed van het EVRM op het Nederlandse strafprocesrecht alle kans om hem onwelgevallige beslissingen aan het oordeel van de Hoge Raad te onderwerpen. Daartoe moeten echter goede voorbereidingen worden getroffen en middelen worden opgesteld die voldoen aan de eisen van goed vakmanschap. Maar ook wanneer aan die eisen is voldaan blijft het feit dat verdachtes belangen, meer dan ten tijde van De Jongs artikel over de positie van de verdachte in de cassatiefase, worden afgewogen tegen de belangen van anderen, die in het strafprocesrecht ook erkenning hebben gevonden.

⁸⁹ Zie daarover Hanny Elzinga, 'Rechtspraak en regelgeving', *Strafblad* 2007, p. 8, l.k., en de daar door haar genoemde literatuur, alsmede HR 27 januari 2004, *LJN AN8240*, *NJ* 2005, 54.